

**LEGGI PENALI TRA REGOLE E PRASSI**

*Collana diretta da Adolfo Scalfati e Mariavaleria del Tufo*

*Ius Novum*

# LA NUOVA DISCIPLINA DELLE INTERCETTAZIONI

*a cura di*

**Paola Maggio**



**G. Giappichelli Editore – Torino**

**Parte I**

**FONDAMENTI, PRESUPPOSTI, PROCEDURE**



# INTERCETTAZIONI E CEDU. UN CIRCUITO A GEOMETRIA VARIABILE

di *Sergio Lorusso*

---

SOMMARIO: 1. L'eterno ritorno delle captazioni. – 2. Lo stato dell'arte della giurisprudenza Cedu. Punti di forza e criticità. – 3. Incoerenze e rimedi. – 4. *Input* ignorati ed evoluzioni possibili.

## 1. L'eterno ritorno delle captazioni

Parlare di intercettazioni significa riaccendere periodicamente una polemica pressoché infinita, riattizzare un fuoco che cova sotto la cenere ormai da decenni. Senza trovare, peraltro, una soluzione convincente alle molteplici problematiche che la tematica sottintende, un punto di arrivo condivisibile da tutti i contendenti nella costruzione dell'assetto normativo e nella sua traduzione giurisprudenziale.

Così è anche per la dimensione europea, che segna al contempo i confini della loro legittimità (e della loro utilizzabilità) processuale – pur nella fisiologica elasticità che contraddistingue strutturalmente e funzionalmente le pronunce della Cedu, figlie del metodo casistico – e i riferimenti concettuali di base che dovrebbero ispirare ogni disciplina positiva nazionale.

Un eterno ritorno, potremmo dire, un'infrangibile ciclicità refrattaria ad ogni corrente avversa, che si manifesta ad ondate, riproponendo (talora) in maniera sorda questioni in fondo di per sé irrisolvibili in maniera unilaterale e assoluta stante la natura degli interessi contrapposti, che escludono inevitabilmente dal dibattito visioni manichee e che occorrerebbe viceversa provare a conciliare per realizzare un seppur arduo (e forse improbabile) bilanciamento stante gli scarsi – e impalpabili – punti di contatto tra gli stessi.

Esigenze investigative, effettività delle garanzie difensive, diritto alla riservatezza, diritto di cronaca, costituiscono una costellazione in cui ciascun astro brilla in splendida solitudine cercando di sottrarre interamente la scena agli altri. E nella quale ciascun abitante di ogni singolo astro cerca di rivendicare a sé la supremazia nell'agglomerato di corpi celesti di cui anche il proprio fa parte.

Una visione solo apparentemente crepuscolare. Piuttosto, pragmaticamente orientata.

Il che non deve però indurre ad abbandonare la partita – né tanto meno ad abbandonare i valori che ispirano il processo penale contemporaneo e ad oscurare i costrutti teorici che ne derivano – ma, al contrario, spingere ad impegnarsi per realizzare una sintesi apprezzabile, un adeguato compromesso (nel senso nobile del termine, ovvero di accordo tra opposte esigenze volto a raggiungere un fine comune) con l'intento di portare a casa il “miglior risultato possibile” per tutti, piuttosto che arroccarsi in una strenua e vana difesa della purezza dei principi e dei relativi interessi da tutelare.

## 2. Lo stato dell'arte della giurisprudenza Cedu. Punti di forza e criticità

La giurisprudenza della Corte Edu in materia di captazioni è estremamente variegata, riflettendo le richiamate – e confliggenti – tematiche meritevoli di tutela in quanto riconducibili a norme della Convenzione poste a garanzia di diritti individuali. *In primis* (ma non solo), l'art. 8 Cedu.

Lo *screening* delle innumerevoli pronunce sul punto rivela, da un lato, una particolare sensibilità per la tenuta – a fronte dell'impiego di uno strumento d'indagine a densa proiezione probatoria ma geneticamente invasivo – del valore della riservatezza, dall'altro, una non sempre adeguata attenzione alle ricadute dell'attuazione del diritto di cronaca sulla sfera individuale e di privacy di chi venga sottoposto alla pratica captativa. Quanto poi alla priorità data all'efficienza investigativa, va rilevato che è *in re ipsa* e che – pur se raramente esplicitata – risulta presente in alcune decisioni rapportata alle peculiarità dei reati da accertare.

L'efficacia (investigativa e cognitiva) dello strumento captativo è difatti indiscutibile e indiscussa.

Da qui la difficoltà di comprimere oltre una certa misura l'utilizzo di un arnese investigativo spesso determinante – se non essenziale e ineludibile – in indagini afferenti particolari reati. Dalla materia della criminalità organizzata a quella dei reati contro la pubblica amministrazione le intercettazioni di comunicazioni o di conversazioni tra presenti si presentano sovente come l'unico “gancio” per costruire un'ipotesi accusatoria in grado di reggere al vaglio dibattimentale. La configurazione “chiusa” e rigorosamente refrattaria ad incursioni *ab externo* delle associazioni dedite ad attività illecite, da un lato, l'intuibile silenzio in ordine alle pratiche corruttive da parte degli interessati coinvolti “alla pari” nell'illecito, dall'altro, rendono pressoché impossibile squarciare il velo che avvolge le pratiche criminose tramite i classici apporti dichiarativi aprendo la strada ad apparati occulti tecnologicamente sempre più sofisticati (è il caso del captatore informatico, vero e ingombrante protagonista di questa stagione dell'investigazione penale).

Il limite dell'art. 8 Cedu, insomma, funge da contrappeso alla naturale utilità – sotto il profilo del perseguimento degli scopi del processo penale – delle captazioni ai fini dell'accertamento giurisdizionale (che diventa un'“utilità rafforzata” in relazione a determinate categorie di reato). Costituisce il punto di forza per non estromettere il diritto di difesa dal panorama *de quo*, bandendo dall'area del processualmente legiti-

timo – e dunque dell'utilizzabile – ogni risultato dell'attività captativa svolta in spregio delle regole dettate dal legislatore (il riferimento indiretto è all'art. 6 Cedu).

Il differenziale tra i valori in campo assume particolare pregnanza rispetto alle indagini relative a reati di particolare gravità e in grado di suscitare un consistente allarme sociale, facendo emergere la necessità di tutelare l'efficienza delle stesse come valore (velatamente) primario. E così, ad esempio, la Corte Edu ha avallato la necessità di adeguare le tecniche investigative – tenuto conto della (talora frenetica) evoluzione tecnologica – alle azioni di una criminalità organizzata a dimensione sempre più transnazionale nella sentenza Capriotti c. Italia del 2016<sup>1</sup>.

Istanze tempestivamente recepite dalla Corte di cassazione, nell'ambito di quel flusso continuo e (spesso) unilaterale che caratterizza ormai il c.d. dialogo tra le Corti, con la nota sentenza Scurato delle Sezioni unite<sup>2</sup>. Pronuncia che ha "sdoganato" l'utilizzo del c.d. *trojan*, all'epoca privo di una regolamentazione normativa, affermando in sostanza che l'enorme potenza di fuoco sotto il profilo delle investigazioni di uno strumento al contempo ad intenso grado di invasività della sfera personale legittima il suo impiego in ordine ai reati associativi – irrobustendo il regime intercettativo differenziato (finora caratterizzato da dinamiche autorizzative ed operative attenuate) che facilita l'uso delle captazioni – nell'ottica di un più efficace contrasto a tali forme di criminalità – fermo restando il rischio di prassi devianti legate a illeciti "contenitore"<sup>3</sup> artatamente confezionati per rendere possibile la pratica captativa altrimenti preclusa – particolarmente nocive per la collettività. La tutela della privacy, insomma, cede inequivocabilmente in casi come questi il passo alle esigenze delle indagini.

Affermano difatti le Sezioni unite che il legislatore ha realizzato «uno specifico bilanciamento di interessi, optando per una più pregnante limitazione della segretezza delle comunicazioni» in ragione «dell'eccezionale gravità e pericolosità, per l'intera collettività, dei (particolari) reati»<sup>4</sup> in questione.

Oggi, l'estensione legislativa dell'uso del captatore informatico ai reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione ha mutato parzialmente l'angolo visuale ma, sostanzialmente, non il concetto di fondo che lega l'attività captativa maggiormente intrusiva a determinate fattispecie di reato ritenute di più netto impatto sociale e di più arduo accertamento (oltre che meritevoli di priorità investigativa). Che poi tali scelte risultino o meno parametrate ad una scala di valori omogenea e condivisibile – tenendo sempre conto dell'intrinseca (prevalente) dimensione soggettiva di qualsiasi classificazione della gravità dei singoli illeciti – di cui l'interesse penalmente tutelato costituisce lo specchio è tutt'altro discorso, rientrando la stessa in opzioni di politica criminale per lo più non sindacabili.

---

<sup>1</sup> Corte Edu, 23 febbraio 2016, Capriotti c. Italia.

<sup>2</sup> Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 26889, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 5, p. 21 ss.

<sup>3</sup> L'espressione è di L. GIORDANO, *Dopo le Sezioni unite sul "captatore informatico": avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, p. 7.

<sup>4</sup> Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 26889, cit., p. 21.

L'aver agito la sentenza Capriotti c. Italia da apripista per il *self-restraint* interno (in termini di potenziamento delle garanzie) costituisce il segno della tendenziale sudditanza – questa volta in positivo – del dato normativo e interpretativo nazionale a quello sovranazionale. In essa, pur se riferita nello specifico al tema delle captazioni tradizionali, si afferma – tra l'altro – che a legittimare l'attività di ascolto sono il fatto che quest'ultima sia «prevista dalla legge» ex art. 8, § 2, Cedu e la circostanza che la legge medesima abbia determinate qualità. Sia, cioè, accessibile all'interessato, che deve essere in grado di prevederne il senso, la natura e le conseguenze sulla sua persona (come peraltro riconosciuto in più circostanze dalla Cedu<sup>5</sup>), nonché compatibile con la preminenza (*id est* la supremazia) del diritto<sup>6</sup>. La Corte conclude nel senso della “non ingerenza” – nel caso in esame – dell'autorità pubblica nella sfera privata del ricorrente e, dunque, della conformità del comportamento dell'autorità giudiziaria al dettato dell'art. 8, § 2, Cedu.

Le garanzie difensive entrano in gioco anche rispetto a un profilo che – al di là di prassi distorte – può darsi per acquisito nel nostro ordinamento, cioè a dire – per ovvie ragioni di efficacia delle strategie della difesa – il rispetto della riservatezza delle comunicazioni tra persona sottoposta alle indagini (o imputato) e difensore, che la Grande Camera ha affermato nel 1998 nella decisione Kopp c. Svizzera<sup>7</sup> evidenziando come a dette interazioni debba essere conferito un valore aggiunto per evidenti esigenze di tutela della funzione difensiva (e qui entra in gioco anche l'art. 6, § 3, lett. b), Cedu), del suo concreto esplicarsi nelle dinamiche procedurali.

Ritornando all'attuazione organica dei principi scanditi dall'art. 8 Cedu, assume grande rilievo a livello sistematico e di architettura normativa la sentenza della Grande Camera Zakharov c. Russia<sup>8</sup> del 2015, che ha dettato una sorta di statuto dell'attività d'intercettazione nel quale si individuano le regole minime cui ogni legislazione nazionale si deve conformare per non entrare in conflitto con il dato sovranazionale (oltre che per un'eventuale, futuribile armonizzazione a livello europeo).

In particolare, occorre guardare al *quantum* di discrezionalità attribuito dalla legge al giudice che se configurato quale potere illimitato entrerebbe in rotta di collisione con lo Stato di diritto, di tal che è necessaria una disciplina che ne individui in maniera chiara la portata e le modalità di esercizio.

Quali i contenuti ineludibili, allora, che ogni normativa nazionale deve soddisfare?

Si è detto della necessaria e inderogabile qualità del *background* legale delle intercettazioni, sotto il profilo dell'accessibilità (da parte dell'interessato) e della prevedibilità (degli effetti), che costituisce l'architave del modello captativo elaborato dalla Cedu.

<sup>5</sup>V, tra le tante, Corte Edu., 11 giugno 2013, D'Auria e Balsamo c. Italia; Corte Edu, 30 aprile 2013, Cariello e altri c. Italia; Corte Edu, 6 ottobre 2007, Graviano c. Italia; Corte Edu, 10 aprile 2007, Panarisi c. Italia.

<sup>6</sup>Corte Edu, 23 febbraio 2016, Capriotti c. Italia, cit.

In precedenza, con riferimento ai parametri desumibili dall'art. 8, § 2, Cedu, v. Corte Edu, 25 settembre 2006, Coban c. Spagna; Corte Edu, 12 maggio 2000, Khan c. Regno Unito.

<sup>7</sup>Corte Edu, Grande Camera, 25 marzo 1998, Kopp c. Svizzera.

<sup>8</sup>Corte Edu, Grande Camera, 4 dicembre 2015, Roman Zakharov c. Russia.

Da qui, una serie di caratteristiche che la Corte ha individuato in via derivata.

In primo luogo, l'individuazione in forma precisa, trasparente e analitica delle regole da applicare, tenendo in particolar conto delle conseguenze derivanti dal costante (e talora tumultuoso) progresso tecnologico.

Le norme, pertanto, devono scandire in maniera chiara la natura dei reati per le quali è possibile accedere alle intercettazioni e i soggetti che ne possono essere i destinatari. Il riferimento alla "natura dei reati" non implica un'elencazione tassativa delle singole fattispecie, essendo bastevole ad avviso della Corte anche l'adozione di un criterio quantitativo legato all'entità della pena edittale prevista per le varie figure di reato.

Sotto il profilo soggettivo, poi, la Cedu opera un'apertura di non poco conto, fonte potenziale di criticità, facendo rientrare tra i soggetti intercettabili non soltanto indagati e imputati, ma anche coloro che potrebbero disporre di informazioni rilevanti per il procedimento in corso.

La Corte non prende invece posizione sulla durata complessiva dell'attività captativa, rimettendone la determinazione a ciascun Stato in un'ottica di sinergia con le singole autorità competenti in materia, che possono agire in maniera discrezionale ma sempre nei limiti dettati dalla legge sul punto.

Particolare attenzione, viceversa, è riservata alle modalità procedurali di conservazione, accesso, esame, utilizzo, comunicazione e distruzione del materiale captato. Si afferma, infatti, che la disciplina *de qua* debba essere articolata in maniera tale da ridurre al minimo accessi "clandestini" o rivelazioni non autorizzate (e qui entrano in gioco il diritto alla privacy e la speculare diffusione da parte dei media di contenuti magari anche estranei alla vicenda giudiziaria), da imporre la distruzione immediata dei dati palesemente irrilevanti (anche in questo caso emerge il dilemma privacy vs. diffusione indebita di materiali processualmente inconsistenti) rispetto allo scopo per il quale sono stati raccolti (ad es., mancato esercizio dell'azione penale nei confronti della persona soggetta a captazione) e da circoscrivere in maniera rigorosa i casi in cui, a processo terminato, il contenuto delle captazioni dovrà essere conservato (diritto alla riservatezza e diritto all'oblio).

Ancora, imprescindibile è un'accurata regolamentazione dell'*iter* autorizzativo delle captazioni<sup>9</sup>, delle modalità di controllo dell'esecuzione delle operazioni di intercettazione, che deve essere continuo ed effettivo – nonché sottoposto a pubblica

---

<sup>9</sup> Si va dall'individuazione dell'autorità competente per l'autorizzazione (non necessariamente giudiziaria, ma anche amministrativa) ai criteri valutativi da applicare nella circostanza, che devono consentire di verificare la sussistenza di un "ragionevole sospetto" in capo all'intercettato e dei requisiti della "necessità" e della "proporzione" rispetto allo scopo (in particolare, la considerazione della captazione come *extrema ratio*, quando l'utilizzo di strumenti investigativi meno invasivi risulti non idoneo), per finire ai contenuti del provvedimento autorizzativo nel quale deve essere individuata in maniera specifica la persona da intercettare – e in questo ambito sorge anche il problema della delimitazione soggettiva delle conversazioni che possono essere oggetto di captazione (solo quelle che vedono l'intercettato partecipe? Quelle rientranti nella sua sfera di disponibilità? Anche quelle svoltesi occasionalmente nell'ambito di azione del captatore inoculato nello *smartphone*?) – ovvero il luogo in cui deve svolgersi l'attività di captazione (requisiti da intendersi in via alternativa).

verifica – e può essere affidato anche ad un organo non giudiziario (ma indipendente dall'autorità che svolge l'attività captativa), e delle forme di comunicazione del materiale intercettato ai soggetti interessati.

Un intreccio assai dettagliato, come si vede, di indicazioni destinate a divenire regole affinché la normativa interna risulti conforme al dato prescrittivo della Cedu, divenuto un vero e proprio faro, un punto di forza dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte in proposito.

### 3. Incoerenze e rimedi

La sentenza Zakharov, tuttavia, è comunemente ricordata per aver “sdoganato” (ancor prima della succitata sentenza Scurato nel nostro ordinamento) l'utilizzo del *trojan*, in una dimensione che esalta il doppio binario (criminalità comune vs. criminalità organizzata) già presente nel nostro ordito normativo con riferimento alla disciplina generale delle intercettazioni ma che – come prevedibile – funge da grimaldello per l'estensione dell'utilizzo di uno strumento di captazione allo stato tra i più pervasivi ed al contempo efficaci nella logica investigativa, specie – come detto – in ordine a determinate tipologie di reato impermeabili agli strumenti d'indagine tradizionali. Come poi è stato, nel nostro tessuto legislativo.

Vi è però una possibile fonte di incoerenza.

La mancata, specifica, caratterizzazione delle fattispecie astrattamente riconducibili a quella maggiore rilevanza sociale che legittima l'uso del captatore informatico comporta soluzioni potenzialmente infinite quanto al “peso” del singolo reato. Come detto, in fondo si tratta di scelte di politica criminale che – di fronte a un parametro così generico – finiscono per essere rimesse *in toto* ai *desiderata* degli ordinamenti nazionali, in un'ottica di comprensibile autonomia ma con eventuali conseguenti disparità di trattamento tra Paesi certo non in linea con una tendenza ad omogeneizzare i singoli apparati legislativi (anche in vista, come ricordato, di un'ipotizzata – seppur ardua – normazione sovranazionale).

E finendo, di fatto, per elidere ogni clausola generale di esclusione dell'utilizzo di uno strumento investigativo così potente e intrusivo nella sfera privata. È il caso, prima ricordato, dell'Italia dove sono stati assimilati comportamenti *contra legem* affatto comparabili nelle loro dinamiche criminogene. E la stessa sorte potrebbero subire, in teoria, illeciti meno gravi nella sfera di quelli oggetto di intercettazioni.

Quale il rimedio?

Pur nella consapevolezza che la Cedu opera su casi singoli, l'esistenza di decisioni come la sentenza Zakharov, particolarmente significativa perché presa dalla Corte nella sua composizione più autorevole, attesta per com'è stata articolata la possibilità e la volontà di dettare regole di ampio respiro, cui le legislazioni interne dovrebbero ispirarsi. Una riconsiderazione, allora, del perimetro di impiego del captatore informatico, attraverso parametri e steccati più specifici, che evitino una potenziale sovrapposibilità ai criteri estrapolati dall'art. 8 Cedu per le intercettazioni, potrebbe dar senso ad un confine applicativo che altrimenti finisce per trasformarsi in una clausola di stile o tutt'al più in un congegno ad alta flessibilità. Si tratta, insomma, di

riconoscere la specificità dell'uso del captatore informatico rispetto alle tradizionali intercettazioni.

La summenzionata sentenza Capriotti<sup>10</sup>, peraltro, pur non prendendo come detto espressamente in considerazione l'uso del captatore informatico, legittima un regime differenziato per quanto concerne le intercettazioni – in ragione della necessaria “ingerenza” dei pubblici poteri in una società democratica tesa a garantire la pubblica sicurezza, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati – ritenendolo conforme agli artt. 6 e 8 Cedu ma solo rispetto ai reati in materia di criminalità organizzata.

Nessun ulteriore fronte, quindi, allo stato appare aperto.

Il che pone, evidentemente, davanti a una situazione di potenziale incertezza qualora il parametro convenzionale ceda il passo ad un'interpretazione più elastica e ampia – in astratto consentita dalla necessaria genericità delle categorie richiamate – che consenta di inglobare nel regime più rigoroso altre fattispecie di reato a tasso di gravità e di lesione dei parametri della difesa della pubblica sicurezza, dell'ordine e dalla commissione di reati (in una dimensione preventiva) inferiori. È la stessa prospettiva decisoria della Cedu focalizzata sul caso singolo, va ribadito, a consentire in maniera indolore tali cambi di passo che risulterebbero come detto incoerenti rispetto all'approccio originario.

I rimedi?

Non facili da individuare, potrebbero essere costituiti in primo luogo dalla non supina accettazione da parte dell'ordinamento interno dei *dicta* della Corte nella loro dimensione anticipatoria di innesti legislativi “obbligati”. Proprio partendo dalla specificità del caso singolo, andando oltre con la creazione di assetti più meditati, articolati e garantiti. Molto dipenderà, ovviamente, dal modo in cui la Cedu argomenterà e dagli spazi, quindi, che lascerà intonsi.

O, da un differente angolo visuale, consistere nell'anticipazione di costrutti normativi più garantistici, evidentemente più difficili da sradicare da parte della Cedu la cui opera – com'è noto – è volta per lo più a riconoscere diritti negati piuttosto che a ridimensionarne di esistenti (sia pure con la spada di Damocle, in casi come questo, della presenza di interessi contrapposti difficili da bilanciare).

A rassicurare gli animi, in via generale, vi è la consapevolezza che l'atteggiamento della Corte europea rispetto alle captazioni nelle loro varie accezioni ed espressioni (da quelle tradizionali a quelle tecnologicamente avanzate) può essere definito “ostile”<sup>11</sup>, proprio sulla base della necessità di garantire i fondamentali della società e della vita democratica<sup>12</sup>. Ne costituisce un chiaro indicatore l'elevato numero di condanne subite dall'Italia in materia a far data dall'istituzione della Cedu: oltre 160, solo di poco inferiori a quelle della Repubblica Russa che, certo, non può essere additata a emblema di ordinamento democratico.

---

<sup>10</sup> Corte Edu, 23 febbraio 2016, Capriotti c. Italia, cit.

<sup>11</sup> Si veda, in precedenza, S. LORUSSO, *L'arte di ascoltare e l'investigazione penale tra esigenze di giustizia e tutela della privacy*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1399 ss.

<sup>12</sup> Si vedano, sul punto, le considerazioni svolte da D. CURTOTTI, *La giurisprudenza europea*, in T. BENE (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, Cacucci, Bari, 2018, p. 28.

#### 4. *Input* ignorati ed evoluzioni possibili

A fronte della valenza espansiva della giurisprudenza europea in materia di captatore informatico occorre dunque dar conto di un rassicurante atteggiamento rigoroso della Cedu – prima accennato – che ispira fin dagli esordi gli interventi in materia di intercettazioni. Già nel 1984, con la sentenza *Malone c. Regno Unito* della Grande Camera, la Corte ha infatti ritenuto le captazioni uno strumento «non auspicabile» e «difficilmente compatibile in una società democratica»<sup>13</sup>. L'istituto era agli albori, anche tecnologici, e forse non si era consapevoli delle sue implicazioni a venire, della sua esplosione investigativo-cognitiva sotto molti profili inarrestabile. Il pericolo è che oggi, attesa la più volte evidenziata dilatazione concettuale e operativa delle intercettazioni e l'affinamento delle tecniche delle stesse la Corte possa pragmaticamente assumere un atteggiamento più morbido e “accogliente” nei confronti di uno strumento investigativo dalle potenzialità sempre più dirompenti e al contempo altamente invasivo.

Le evoluzioni possibili, pertanto, sono allo stato difficilmente preventivabili, e così le ricadute nell'ordinamento interno, a seconda che si intenda privilegiare o – al contrario – ignorare *input* di natura garantistica provenienti dalla giurisprudenza Cedu, piuttosto che *self-restraint* della stessa in punto di apparato garantistico (diritto di difesa, diritto alla privacy) dettati dal prevalere delle predette esigenze di sicurezza e repressive.

D'altro canto, pronunciamenti dei giudici nazionali nati sull'onda delle sollecitazioni della Corte – il riferimento è alla summenzionata sentenza *Scurato* della Corte di cassazione – contengono affermazioni che ben potrebbero avere a loro volta – in un non inconsueto dialogo tra “centro” e “periferia” – uno sviluppo nella giurisprudenza della Cedu, come quella secondo cui l'uso del captatore informatico potrebbe «produrre, in casi estremi, esiti lesivi della dignità umana»<sup>14</sup>.

Vi è poi il problema – centrale – dell'individuazione delle fattispecie di reato rispetto alle quali poter fruire di tali forme di captazione tanto efficaci quanto a grandissimo coefficiente invasivo, rispetto al quale – come detto – le risposte date dal legislatore appaiono alquanto incerte, disomogenee e non sempre coerenti.

Tra i punti che attendono ancora una risposta quello della c.d. “tracciabilità” dei flussi comunicativi intercettati tramite *trojan*. Sull'argomento occorrerebbe un coinvolgimento diretto della Cedu – opportunamente sollecitata – che tratteggi i requisiti necessari a rendere controllabile gli esiti dell'attività investigativa così compiuta, in linea peraltro con quanto stabilito in via generale dalla Cedu stessa in tema di controllo sulle operazioni captative. Un monito al legislatore nazionale da parte della Corte potrebbe risultare assai proficuo da questo punto di vista.

<sup>13</sup> Corte Edu, Grande Camera, 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito*.

Tale approccio risulta confermato da varie pronunce nei decenni successivi, che – come si è visto – hanno conferito al nostro Paese il triste primato del gradino intermedio in un ideale podio delle decisioni di condanna, secondi alla sola Repubblica Russa e a distanze siderali da nazioni di consolidata tradizione democratica.

<sup>14</sup> Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 26889, cit., p. 21 ss.

Un aspetto ad alta intensità, spesso trascurato, è poi quello della tutela della privacy dei soggetti coinvolti nell'attività captativa, siano essi partecipanti a vario titolo nel procedimento o a questo estranei (come nel caso degli intercettati casualmente). Basilare, in questo ambito, è la sentenza della Grande Camera Amann c. Svizzera del 2000<sup>15</sup>, nella quale si afferma che tale forma di protezione deve riguardare non soltanto l'indagato e l'imputato ma tutti coloro che partecipano alle conversazioni intercettate. Il valore tutelato dall'art. 8, § 1, Cedu (al pari delle eccezioni contemplate nell'art. 8, § 2, Cedu), difatti, non si presta a discriminazioni e a distinguo di alcun genere.

La stessa Europa, in altro frangente, ha sottolineato la necessità di rispettare nelle operazioni di intercettazione «il diritto alla tutela della vita privata delle persone fisiche»<sup>16</sup>, ribadendo la non eludibilità di precise regole nell'utilizzo dello strumento *de quo*, pur di indubbia importanza. Un altro stimolo, in qualche modo, in direzione di legislazioni interne che ne facciano un uso *cum grano salis* a tutela – secondo quanto affermato dalla Cedu – esclusivamente della sicurezza nazionale e nelle strategie di contrasto a gravi reati.

Tale profilo, naturalmente, va controbilanciato con l'opposta esigenza di garantire il diritto di cronaca e all'informazione, rispetto al quale – com'è noto – la Cedu ha da sempre mostrato particolare apertura e sensibilità. Già nel 1979 la Grande Camera, nella sentenza Sunday Times c. Regno Unito, ha affermato infatti che è compito dei media informare il pubblico delle vicende di cui si occupano i tribunali, cui corrisponde specularmente il diritto della collettività ad essere informata su tali fatti<sup>17</sup>.

Si tratta di uno dei punti di tensione più alti della disciplina *de qua*<sup>18</sup>.

In definitiva, dal quadro complessivo fin qui tracciato emerge e si conferma la difficoltà di contemperare esigenze contrapposte e spesso tra loro implacabilmente antitetiche, rispetto alle quali – tuttavia – andrebbe forse adottato un criterio di “sotto-priorità” in grado di parametrare volta per volta, pur avendo riguardo allo scenario complessivo e alle coordinate ineludibili, il peso dei valori alle specifiche situazioni.

Le priorità su elencate difatti non hanno lo stesso peso in ogni situazione, in ogni segmento dell'implementazione normativa. È proprio il manifestarsi del “fenomeno intercettazioni” come un circuito a geometria variabile, paradossalmente, a offrire una via d'uscita a inevitabili situazioni d'*impasse*.

---

<sup>15</sup> Corte Edu, Grande Camera, 16 febbraio 2000, Amann c. Svizzera.

<sup>16</sup> È quanto afferma la Risoluzione del Consiglio d'Europa del 17 gennaio 1995 sull'intercettazione legale delle telecomunicazioni, in <https://eur-lex.europa.eu>.

<sup>17</sup> Corte Edu, Grande Camera, 26 aprile 1979, Sunday Times c. Regno Unito.

In tale contesto si innesta l'annosa questione della previsione di sanzioni penali per la divulgazione di notizie acquisite *contra legem*, rispetto alla quale la Corte ha da sempre sostenuto una posizione rigorosa a tutela del diritto di cronaca. V., fra le tante, la notissima Corte Edu, 7 giugno 2007, Dupuis c. Francia.

<sup>18</sup> V., in proposito, R. ORLANDI, *La giustizia penale nel gioco degli specchi dell'informazione. Regole processuali e rifrazioni deformanti*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2017, 3, p. 47 s.; G. TARLI BARBIERI, *Libertà di informazione e processo penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu: problemi e prospettive*, *ivi*, p. 20 ss.

Obbiettivo certo più facile a dirsi che a realizzarsi, ma che grazie alle sinergie così prodotte potrebbe realizzare un quadro d'insieme maggiormente equilibrato e coerente, rispettoso di tutti gli interessi in gioco.

Una tavola dei valori e delle ipotesi, insomma, letti in chiave non assoluta ma dinamica e relazionale e in grado di offrire risposte accettabili a quella missione impossibile in cui si sostanzia la fusione delle anzidette, molteplici asperità siderali legate a doppio filo al tema delle captazioni.

Un approccio, questo, assai distante da quello adottato dalla riforma (d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216)<sup>19</sup> e dalla controriforma (l. 28 febbraio 2020, n. 7)<sup>20</sup> delle intercettazioni nel nostro ordinamento, espressioni di un minimalismo giuridico (gioco-forza disomogeneo) che ignora la dimensione complessiva del fenomeno e le sue più intime implicazioni.

Un afflato che, auspicabilmente, i nuovi assetti politici della neonata legislatura potrebbero far proprio.

---

<sup>19</sup> Si vedano le considerazioni critiche di G. GIOSTRA-R. ORLANDI, *Introduzione*, in G. GIOSTRA-R. ORLANDI (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Giappichelli, Torino, 2018, p. VII ss.

<sup>20</sup> Con specifico riferimento al tema della riservatezza si veda G. GIOSTRA, *La nuova tutela della privacy ovvero l'assai scadente traduzione giuridica di un proponimento condivisibile*, in G. GIOSTRA-R. ORLANDI (a cura di), *Revisioni normative in tema di intercettazioni. Riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 125 ss.

# QUADRO COSTITUZIONALE E NUOVE FORME DI CAPTAZIONE

di *Stefano Agosta*

---

SOMMARIO: 1. La prospettiva *politica* e quella *giuridica* (premessa). – 2. I benefici attesi dalla recente novella alla disciplina delle intercettazioni (nel metodo e nel merito). – 3. Una questione (solo apparentemente) nuova: talune potenziali criticità esibite con riferimento all'art. 3 nonché agli artt. 25 e 27 Cost. – 4. (*Segue*): all'art. 81, comma 3, al combinato disposto degli artt. 2, 14 e 15 nonché agli artt. 24 e 111 Cost.

## 1. La prospettiva *politica* e quella *giuridica* (premessa)

Convertito in legge<sup>1</sup>, il d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, *Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, ha com'è noto innovato le preesistenti disposizioni in materia in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 84, lett. *ab*), *c*), *d*) ed *e*), della l. 23 giugno 2017, n. 103, ai sensi del d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216. A motivo del suo peculiare svolgimento, prima che ad una lettura precipuamente *giuridica* – come quella che nel prosieguo si sta per fare (naturalmente dalla peculiare prospettiva costituzionalistica) – è ovvio che l'approvazione di tale ultimo provvedimento d'urgenza già si presti ad una più latamente *politica*. Se in questa occasione si è difatti cercato, *ex ante*, di mettere a frutto i «numerosi spunti e osservazioni» offerti «dagli operatori del diritto [...] nel corso delle audizioni»<sup>2</sup> nel meritorio sforzo di pervenire ad una revisione in senso migliorativo della normativa antecedente<sup>3</sup>, è tuttavia nella fase *ex post* – rispettivamente, del compromesso raggiunto in Commissione Giustizia del Senato e, poi, della successiva approvazione da parte della Assemblea – che si sono appuntati gli strali maggiori della critica.

---

<sup>1</sup> Cfr. l. 28 febbraio 2020, n. 7, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*.

<sup>2</sup> Cfr., ad esempio, P. GRASSO, *Intervento*, in *Resoconto stenografico. Allegati. Assemblea del 20 febbraio 2020*, in [www.senato.it](http://www.senato.it), p. 22.

<sup>3</sup> Cfr. F. MIRABELLI, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., p. 24.

Così in primo luogo – con riferimento, cioè, alla più ristretta sede della Commissione – se, per un verso, si è duramente stigmatizzata l'inopportuna estensione delle intercettazioni a talune fattispecie di cui subito appresso si dirà, per un altro, si è altrettanto severamente biasimata la non meno infelice scelta di non estenderle a più gravi e diversi reati come, sopra tutti, quello di pornografia minorile<sup>4</sup>: tra i delitti ammessi all'acquisizione mediante captatore informatico in Commissione Giustizia sarebbero insomma rientrati «quelli commessi con il cosiddetto metodo mafioso o al fine di agevolare associazioni di stampo mafioso, cosa che era sfuggita nella prima stesura del decreto-legge»<sup>5</sup> ma non già quelli per esempio indicati invece dall'emendamento n. 2.41 (primo firmatario on.le S. Pillon) quali prostituzione minorile, pornografia minorile e detenzione di materiale pornografico di cui agli artt., rispettivamente, 600-*bis*, 600-*ter* e 600-*quater* c.p.<sup>6</sup>.

Venendo al confronto in aula ed alla successiva approvazione, pochi dubbi possono invero nutrirsi sul fatto che, seppure *in astratto* si sia sempre sbandierata la inopportunità del ricorso allo strumento della fiducia<sup>7</sup>, sulla votazione dell'emendamento governativo n. 1.900 al d.d.l. di conversione del d.l. n. 161/2019<sup>8</sup> ed «interamente sostitutivo dell'articolo unico»<sup>9</sup> di tale proposta, l'Esecutivo abbia poi finito *in concreto* per smentire quanto in precedenza pure con vigore sostenuto ricorrendo alla questione di fiducia. Dopo l'opinabile scelta iniziale di incidere così profondamente sul codice di procedura penale col mezzo della decretazione d'urgenza<sup>10</sup>, invero tale decisione politica non ha che ulteriormente compresso (e non poco pre-orientato) un dibattito parlamentare già evidentemente versante in grave stato di sofferenza<sup>11</sup>: ine-

<sup>4</sup> Cfr. E. STEFANI, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., p. 14.

<sup>5</sup> Cfr. nuovamente P. GRASSO, *Intervento*, cit., p. 23.

<sup>6</sup> *Ex adverso*, tuttavia, si è fatto rilevare come tali fattispecie ad eccezione della detenzione di materiale pornografico – a motivo del fatto che «la pena edittale attualmente prevista è fino a tre anni di reclusione e, quindi, sotto soglia» (cfr. G. D'ANGELO, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., p. 33) – in quanto sanzionate con la reclusione superiore a cinque anni già potessero rientrare nella previsione delle intercettazioni di cui all'art. 266 c.p.p.: cfr. M. CRUCIOLI, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., p. 16.

<sup>7</sup> Cfr. D. GARNERO SANTANCHÉ, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., p. 8.

<sup>8</sup> Cfr. A.S. n. 1659, *Conversione in legge del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in *www.senato.it*, 7 gennaio 2020.

<sup>9</sup> Cfr. M.E. ALBERTI CASELLATI, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., p. 17.

<sup>10</sup> A parte la considerazione di *metodo* per cui «una materia così difficile [dovesse] essere affrontata con equilibrio e ponderazione, e non di certo [...] con un decreto-legge» d'altro canto, per passare al piano del *merito*, «il fatto stesso che sia [stato] previsto nello stesso provvedimento il rinvio dell'entrata in vigore della norma – [la quale] quindi non entra in vigore al momento della sua pubblicazione ma qualche mese più avanti – [avrebbe dovuto far] venire meno i requisiti per emanare un decreto-legge»: cfr. E. STEFANI, *Intervento*, cit., p. 12.

<sup>11</sup> Su una sorta di «aggravante ad effetto speciale nel modo di procedere del Governo» – che non avrebbe solo «posto la fiducia in prima lettura su una questione di enorme delicatezza, quale è il tema delle intercettazioni» ma lo avrebbe pure «fatto tramite un decreto-legge» – richiama, ad esempio, l'attenzione F. DAL MAS, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., p. 6.

vitabilmente ricadendo non già su una materia qualsiasi bensì su una fortemente involgente i diritti fondamentali dell'uomo (quali quello alla *privacy* ed alla difesa in giudizio, sopra tutti)<sup>12</sup> è difatti ovvio che tale richiesta di fiducia abbia ulteriormente ingessato un quadro politico di contesto già ampiamente compromesso<sup>13</sup>.

Che lo si sia formalmente ribattezzato “captatore informatico”<sup>14</sup>, “agente intrusore”<sup>15</sup> ovvero “*trojan horse*”<sup>16</sup> (e non pochi altri sinonimi potrebbero in tal senso ulteriormente trovarsi) sostanzialmente immutata – per passare adesso al diverso piano *giuridico* – è, come si sa, rimasta la peculiare funzione che è stato chiamato nel corso del tempo ad assolvere il *software* da ultimo oggetto appunto della recente novella di cui al d.l. n. 161/2019. «Installato in un dispositivo del tipo *target* (un computer, un *tablet* o uno *smartphone*), di norma a distanza e in modo occulto, per mezzo del suo invio con una mail, un sms o un'applicazione di aggiornamento» e «costituito da due moduli principali»<sup>17</sup> – «il primo (*server*) è un programma di piccole dimensioni che infetta il dispositivo bersaglio; il secondo (*client*) è l'applicativo che il virus usa per controllare detto dispositivo» – per le peculiari caratteristiche che lo connotano è ovvio che tale *malware* informatico si sia prestatato e si presti tutt'oggi, com'è intuibile immaginare, ad una infinità di impieghi investigativi (tra cui anche, se non soprattutto, quello di registrare ogni conversazione tra presenti, a tutti gli effetti integrando una vera e propria intercettazione ambientale).

Data l'intrinseca portabilità dei *devices* presi di mira – non si pensi solo al più comune esempio dei telefoni cellulari ma, più ampiamente, ad ogni dispositivo facilmente trasportabile quali, appunto, *notebook* e *tablet* – l'attivazione di tali captatori non finisce per colpire solo la persona intercettata ma pure tutti coloro che con essa siano venuti, in qualche misura, in contatto<sup>18</sup>. Dal particolare angolo visuale del diritto costituzionale da cui adesso ci si propone di riguardarla, è perciò fin troppo evidente come la vera questione che si è sin dal principio posta non abbia tanto riguardato l'*an* dello strumento in questione quanto, piuttosto, il delicatissimo *quomodo* dei suoi limiti di utilizzabilità.

---

<sup>12</sup> Cfr., quasi testualmente, D. GARNERO SANTANCHÉ, *Intervento*, cit., p. 7.

<sup>13</sup> In tal senso, d'altronde, non vi è chi non abbia iscritto tale ultima iniziativa legislativa in un unico e più esteso orizzonte ricomprendente pure la l. 9 gennaio 2019, n. 3, *Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici* (c.d. spazzacorrotti): cfr., nuovamente, F. DAL MAS, *Intervento*, cit., p. 6.

<sup>14</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556, in *CED Cass.*, n. 246955 (punto 2 *cons. dir.*, secondo cpv).

<sup>15</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 27100, in *CED Cass.*, n. 265654 (punto 2 *cons. dir.*, secondo cpv).

<sup>16</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 26889, in *CED Cass.*, n. 266905 (punto 2 *cons. dir.*, secondo cpv).

<sup>17</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 26889, cit. (punto 2 *cons. dir.*, ottavo cpv), cui si rinvia anche per la citazione testuale immediatamente seguente.

<sup>18</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 26889, cit. (punto 2 *cons. dir.*, ottavo cpv).

Nella parte in cui ha consentito – «limitatamente ai procedimenti per delitti di criminalità organizzata» – la captazione informatica di «conversazioni o comunicazioni tra presenti [...] anche nei luoghi di privata dimora *ex art.* 614 c.p., pure non singolarmente individuati e anche se *ivi* non si [stesse] svolgendo l'attività criminosa»<sup>19</sup> è risaputo come, fino a prima che si intendesse mettere mano alla materia a mezzo della c.d. riforma Orlando, tali limiti fossero stati delineati dalla giurisprudenza di legittimità sul c.d. caso Scurato<sup>20</sup>. Di vero e proprio “trojan di Stato”<sup>21</sup>, ad ogni modo, si è cominciato realmente a discorrere solo a partire dal primo genuino tentativo di regolazione legislativa della materia di cui al d.lgs. n. 216/2017 il quale ha (forse troppo disinvoltamente...) ritenuto di estendere ai reati commessi in danno della P.A. uno strumento non poco invasivo come, appunto, quello di un *software* inizialmente immaginato per reati assai più gravi quali quelli di terrorismo e criminalità organizzata<sup>22</sup>.

Da taluni considerato alla stregua di una vera e propria «contro-riforma» del quadro previgente<sup>23</sup> se, da un lato, è «volto, sostanzialmente, a innovare la disciplina delle intercettazioni telefoniche in funzione della necessaria tutela della riservatezza delle persone», dall'altro il d.l. in parola ha apportato «nel contempo correttivi volti a eliminare alcuni effetti distorsivi, specialmente sul piano della tutela delle garanzie difensive e della funzionalità nello svolgersi delle indagini preliminari, che si [sarebbero potuti] produrre con l'immediata ed integrale applicazione»<sup>24</sup> del d.lgs. n. 216/2017.

Ultimo decisivo tassello, in ordine di tempo, di un più ampio (ma non sempre chiaro ed internamente coerente) mosaico portato non poco faticosamente avanti nei tempi più recenti dalla giurisprudenza e dal legislatore, l'intervento in commento non avrebbe solo, per così dire, mirato a ripristinare lo *status quo ante* in materia di esecuzione delle intercettazioni rispetto alla normativa previgente<sup>25</sup> ma, anche, ad una maggiore responsabilizzazione del pubblico ministero, in tal modo restituito dal Par-

<sup>19</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 26 aprile 2016, n. 26889, cit. (punto 11 *cons. dir.*, primo cpv).

<sup>20</sup> Cfr. CSM, *Parere sul Disegno di Legge n. 1659 AS di conversione del Decreto Legge n. 161/2019 recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni* (GU Serie generale n. 305 del 31.12.2019), in *www.csm.it*, 13 febbraio 2020, p. 3.

<sup>21</sup> Cfr. C. MORELLI, *Riforma penale: via libera al Trojan di Stato*, in *www.altalex.com*, 19 giugno 2017.

<sup>22</sup> Cfr. A. CHIRICO, *I trojan, un cortocircuito del diritto*, in *www.ilfoglio.it*, 12 giugno 2019.

<sup>23</sup> Così, ad esempio, G. SPANGHER, *Cosa prevede il dl intercettazioni, trojan ovunque e articolo 15 della Costituzione calpestato*, in *www.ilriformista.it*, 19 febbraio 2020.

<sup>24</sup> Cfr. Relazione al d.d.l. n. 1659, *Conversione in legge del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in *www.senato.it*, 19 giugno 2017, spec. p. 3.

<sup>25</sup> Riproponendo «sostanzialmente la formulazione antecedente la riforma del 2017, con particolare riguardo alla trasmissione dei verbali delle intercettazioni, all'immediata comunicazione ai difensori che hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni e all'apposito procedimento incidentale finalizzato alla cernita e alla selezione del materiale probatorio»: così, G. D'ANGELO, *Intervento*, cit., p. 34.

lamento al suo fisiologico ruolo di vero e proprio «*dominus*»<sup>26</sup> dell'intera fase di ricerca delle prove<sup>27</sup>.

## 2. I benefici attesi dalla recente novella alla disciplina delle intercettazioni (nel metodo e nel merito)

Trasversalmente intervenendo, tra gli altri, sugli artt. 266, 267 e 270 c.p.p. l'art. 2, comma 1, lett. c), d) e g), n. 1 (*Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*), il d.l. n. 161/2019 ha finito profondamente per incidere non solo sui predetti limiti di ammissibilità imposti all'uso di questo genere di programmi informatici e sui presupposti e le forme del relativo provvedimento di autorizzazione ma, pure, sull'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni così ottenute in altri procedimenti.

Con riferimento innanzitutto al procedimento per il quale l'intercettazione è stata autorizzata, mentre non si è alterato l'elenco dei reati per i cui procedimenti «l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione è consentita»<sup>28</sup> – né, tanto meno, la regolazione dell'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p.<sup>29</sup> – non altrettanto può dirsi invece, dal punto di vista *sostanziale*, per la captazione ambientale appunto eseguita inoculando il virus sul dispositivo elettronico portatile: allorquando, cioè, proprio «per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4 cod. proc. pen.» – non dissimilmente dai procedimenti per i gravi delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e

---

<sup>26</sup> Cfr. P. GRASSO, *Intervento*, cit., p. 23.

<sup>27</sup> «Tenuto a svolgere un'accurata valutazione sui dati raccolti ai fini della loro utilizzabilità a fini probatori, sia nel procedimento in corso che nei procedimenti diversi rispetto a quello per il quale si procede e per il quale è stato emanato il decreto di autorizzazione alle predette intercettazioni telefoniche, conversazioni o comunicazioni», il p.m. dovrà difatti vigilare adesso «affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini dell'indagine»: tra le molteplici innovazioni introdotte, «la soppressione della riforma del 2017 nella parte in cui vieta alla polizia giudiziaria la trascrizione, anche sommaria, delle comunicazioni rilevanti ai fini delle indagini, per l'oggetto, i soggetti coinvolti o la trattazione dei dati personali e sensibili» – con la contestuale attribuzione al pubblico ministero del «compito di ordinare la trascrizione delle suddette intercettazioni quando ne ritiene la rilevanza per i fatti oggetto di prova» – costituisce, d'altro canto, «una modifica rilevante poiché attribuisce una posizione di responsabilità dell'organo inquirente» (così, nuovamente, G. D'ANGELO, *Intervento*, cit., p. 34). Si sarebbe così deciso, in altre parole, «di dare ai pubblici ministeri, non più alla Polizia, la responsabilità di distinguere le intercettazioni funzionali all'indagine per cui sono state autorizzate, quindi iscritte nel fascicolo, da quelle non rilevanti, che vanno inserite in un archivio presso le procure che deve restare segreto»: così, ad esempio, F. MIRABELLI, *Intervento*, cit., p. 24.

<sup>28</sup> Così, art. 266, comma 1, c.p.p.

<sup>29</sup> Così, art. 266, comma 2, c.p.p.

3-*quater*, c.p.p. – tale forma di intercettazione viene infine estesa anche ai luoghi indicati dall'art. 614 c.p., con la sola differenza della necessaria (quanto laconica e generica) «previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo»<sup>30</sup>.

Non diversamente sembra essere d'altro canto accaduto – per passare al diverso profilo *formale* – sia nel caso che l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'art. 266 c.p.p. sia stata dal pubblico ministero richiesta al giudice per le indagini preliminari in fisiologiche condizioni, per così dire, di “normalità investigativa” che nella differente ipotesi di urgenza: allorché il p.m. sia, cioè, stato spinto a disporre l'intercettazione – con decreto motivato «che va comunicato immediatamente e comunque non oltre le ventiquattro ore» al G.I.P. – dal «fondato motivo di ritenere che dal ritardo potesse derivare grave pregiudizio alle indagini»<sup>31</sup>.

Richiesto nella prima eventualità del provvedimento di autorizzazione alla captazione informatica – se si procede per i delitti di cui all'art. 51 c.p.p. ovvero per quelli dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la P.A. – il giudice per le indagini preliminari potrà così limitarsi ad indicare «le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini» senza che sia più imposta l'ulteriore specificazione dei luoghi e del tempo, «anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono»<sup>32</sup>. Esclusa per ogni altro procedimento che non sia annoverabile fra quelli per i delitti di cui al solito art. 51 c.p.p. (ovvero commessi da un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio cit.) questa peculiare modalità di intercettazione potrà essere poi disposta in via d'urgenza dal pubblico ministero, con proprio decreto motivato, con la sola indicazione delle «ragioni di urgenza che rendono impossibile attendere il provvedimento del giudice»<sup>33</sup>.

Con riferimento, infine, ai procedimenti diversi da quelli nei quali la captazione è stata originariamente disposta, la novella in epigrafe incide pure sul regime di utilizzabilità delle relative risultanze, stabilendo per tali intercettazioni informatiche, precipuamente, che i corrispondenti risultati possano «essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione qualora risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti indicati dall'articolo 266, comma 2-*bis*»<sup>34</sup>. A differenza della previsione di cui all'art. 270, comma 1, c.p.p.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> Così, art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p.

<sup>31</sup> Così, art. 267, comma 2, primo periodo, c.p.p.

<sup>32</sup> Così, art. 267, comma 1, terzo periodo, c.p.p. (la quale ultima specificazione continua ad essere espressamente richiesta, invece, dalla stessa disposizione ogni qualvolta si proceda «per delitti diversi da quelli di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, e dai delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4»).

<sup>33</sup> «Oltre a quanto previsto dal comma 1, secondo periodo» (e, cioè, allorché sussistano «gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini»): così, art. 267, comma 2-*bis*, c.p.p.

<sup>34</sup> Così, art. 270, comma 1-*bis*, c.p.p.

<sup>35</sup> A norma della quale l'utilizzazione dei risultati delle captazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti è esclusivamente subordinata alla condizione che essi «risultino

insomma – sparito il requisito della “rilevanza” – ai fini del loro legittimo impiego in procedimenti diversi basterà che a realizzarsi sia la sola condizione della “indispensabilità”, per l’accertamento dei delitti indicati, dei risultati della citata intercettazione.

A stare alle parole del legislatore che l’ha così fortemente voluta e convintamente patrocinata, non pochi sarebbero i benefici complessivamente derivanti ai diritti fondamentali della persona dalla disciplina in commento, a partire da quelli alla *privacy*: tra le tante, sarebbe d’altro canto stata proprio l’esigenza della «necessaria tutela della riservatezza anche nella fase della verbalizzazione» ad indurre – come pure già anticipato *supra* – «a sostituire il meccanismo di selezione da parte della polizia giudiziaria delle intercettazioni non utilizzabili con un dovere di vigilanza del pubblico ministero»<sup>36</sup>. Sempre siffatto bisogno è stato dal Parlamento ritenuto evidentemente preminente, del resto, non solo con riferimento alla «ineludibile necessità di un passaggio giurisdizionale per l’acquisizione delle intercettazioni al fascicolo» del p.m.<sup>37</sup> ma, pure, laddove si sono eliminati quei «rigidi divieti di trascrizione, imposti dal decreto legislativo n. 216 del 2017, stabilendo che le registrazioni inutilizzabili o manifestamente irrilevanti, al pari di quelle afferenti a categorie di dati sensibili come definite dalla normativa in materia, ove non necessarie alle indagini, restino custodite in archivio, a seguito del procedimento di stralcio già regolato dall’articolo 268 del codice di procedura penale, ripristinato sul punto»<sup>38</sup>.

Ogni qualvolta, insomma, il risultato della captazione eventualmente disposta si riveli irrilevante in ogni fase dell’intera attività svolta dalle indagini preliminari fino al vero e proprio processo non si avrà «più la vita privata morbosamente messa in prima pagina»<sup>39</sup> grazie alla estensione legislativa del divieto di «pubblicazione, anche par-

---

rilevanti e indispensabili per l’accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l’arresto in flagranza e dei reati di cui all’articolo 266, comma 1».

<sup>36</sup> Cfr. Relazione al d.d.l. n. 1659, cit., p. 3.

<sup>37</sup> Laddove si è, in particolare, «inteso ripristinare il testo del codice di procedura penale, nella versione anteriore all’intervento normativo, conservando tuttavia le norme in materia di utilizzazione del cosiddetto *trojan* e la destinazione all’archivio digitale, istituito presso ciascuna procura della Repubblica, del materiale intercettato»: così, ancora, Relazione al d.d.l. n. 1659, cit., p. 3. «Le procedure di acquisizione e conservazione dei dati» sarebbero state, così, snellite «attraverso modalità informatiche che consentano di migliorare l’esecuzione delle attività di intercettazione, compresa la custodia e gestione dei dati intercettati e trascritti e l’effettiva tutela delle garanzie difensive»: così, G. D’ANGELO, *Intervento*, cit., p. 34.

<sup>38</sup> Cfr., nuovamente, Relazione al d.d.l. n. 1659, cit., p. 3.

<sup>39</sup> Cfr. M. CIRINNÀ, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., p. 9. Nella consapevolezza «di quale danno sia stato fatto in diverse circostanze quando è stato pubblicato materiale oggetto di intercettazioni che, pur privo di rilevanza nell’ambito del procedimento penale nel quale era stato acquisito, è stato divulgato con gravissimo pregiudizio al diritto alla *privacy* e al diritto alla riservatezza delle persone, talvolta messe pubblicamente alla berlina», in altre parole, col «provvedimento che ci occupa si è finalmente posto rimedio e di fatto si è prevista la segretezza di tutto ciò che risulti irrilevante, che quindi non potrà essere pubblicato e dovrà essere conservato in un archivio la cui responsabilità ricade sul pubblico ministero»: così, ad esempio, G. CUCCA, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., p. 19. Creando, d’altro canto, «le condizioni per impedire che intercettazioni che non hanno nulla a che vedere con le indagini diventino pubbliche – in questi anni purtroppo è accaduto spesso – con una violazione della *privacy* delle persone e delle loro famiglie» ci si è sforzati,